

21世纪法学系列教材

刑事法系列

现代刑法学 (总论)



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

21世纪法学系列教材

刑事法系列

现代刑法学 (总论)



北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

现代刑法学(总论)/王世洲著. —北京:北京大学出版社, 2011. 9

(21 世纪法学系列教材·刑事法系列)

ISBN 978 - 7 - 301 - 19493 - 5

I. ①现… II. ①王… III. ①刑法 - 法学 - 中国 - 高等学校 - 教材
IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 185471 号

书 名: 现代刑法学(总论)

著作责任者: 王世洲 著

责任编辑: 李燕芬

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 19493 - 5/D · 2936

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市富华印装厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 21.25 印张 387 千字

2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

培育我们的刑法理想

(代序言)

这本教科书是我为北京大学法学院的本科生写的,用做“刑法学(总论)”这门课的主要教学参考书。在传统上,北大本科生的教学是不使用指定教材的,北大的同学们应当使用优良的北大图书馆资源,博览群书,培育自己的人生理想。但是,作为一名老师,撰写一本教科书,将其作为一门课程的主要参考书,不仅有便利同学们上课的好处,而且也有总结自己的教学与科研经验的好处。自1985年留校任教以来,我一直上刑法学(总论)这门课程,已经给本科生、硕士生等各种课程的同学系统地讲过约一百遍,另外,还用英文给来自世界各地的各种学生与学者系统地讲了约二十遍。我想,现在也的确到了撰写一部教科书、完整地说明自己对刑法理论的理解的时候了。我希望,本书不仅能够使正在学习法律的学生们获得一本系统的刑法学教科书,而且能够得以就教于海内外刑法学界的前辈与先进。

我将这本教科书称之为《现代刑法学》,是想特别强调本书的三个特点:

第一,本书强调关注刑法的生命。刑法的生命不仅在于其存在的规律性,而且在于其发展的规律性。刑法学作为说明、总结、整理、发展刑法的学问,本身不仅记载着刑法的生命,而且也在推动着刑法向前发展。本书在许多章节中都简要地展示了古代刑法与现代刑法的联系与发展。刑法学在古今中外的发 展,都清楚地证明了刑法的生命力。学习刑法与研究刑法,如果能够注意刑法的生命问题,那就会比较自觉地关注刑法发展与社会发展之间的关系。这不仅能够使刑法的学习与研究获得最广阔的学术基础与社会基础,而且能够促进刑法的学习与社会实践的结合。本书认为,虽然对刑法的学习应当走在刑法的应用之前,但是,刑法理论与刑法实践的相互结合,为刑法学的正确性,也就是刑法的生命力,提供了最好的检验场所。现代刑法学是对长期刑法实践所表现出来的规律性的系统总结与整理,记载着刑法生命中最持久与最强大的部分。

第二,本书强调关注刑法的国际标准。刑法学的国际标准,是指现代刑法学在说明刑法问题时所普遍使用的概念与逻辑,其中,特别重要的是强调概念的合理性以及理论体系的前后一致性。本书在内容上采纳的是国际标准的思路,例如,鲜明地强调对刑罚正当性的证明,鲜明地强调排除犯罪的根据在犯罪构造中

的地位与作用。但是,本书并没有简单地采纳目前在国际上流行的某种概念、理论或者模式,例如,本书就没有简单地采纳四要件犯罪构造理论、三阶段犯罪构造理论或者两层次犯罪构造理论中的一种模式,而是实事求是地按照刑法在现代社会的发展轨迹,对刑法学体系的发展作出了完整而清晰的说明。本书采纳国际标准的思路,对我国现有刑法理论与实践的状况进行了新的总结。我在北京大学法学院长期讲课的实践证明,本书的安排,不仅经受住了北京大学法学院本科生、硕士生、博士生经年累月极其细致的质疑,而且经受住了北京大学法学院中国法项目以及其他国际项目中来自世界五大洲学生与学者极其挑剔的挑战。依照国际标准说明刑法学原理,不仅使我国的刑法学理论比较容易与世界各种刑法学理论进行交流,而且也使我国的刑法学理论能够比较迅速地走上世界刑法学的前沿。本书在概念、原理与逻辑上的清晰性,还得到了作为“刑法之友”的北京大学“通选课”中非法学专业学生的理解与认可。

第三,本书强调培育刑法理想。总的说来,刑法理想是一种以在刑法领域中实现公平正义为奋斗目标的法学理想。具体说来,现代刑法学在刑法理想中,不仅关心应当通过刑法达到什么目的的问题,而且更关心一个国家需要什么样的刑法的问题。学习刑法的过程,就是培育刑法理想的过程。现代刑法为法律工作者发挥聪明才智提供了广阔的舞台,以满足社会与人民在各种各样具体情况下对公平正义的要求。现代刑法学提出的各种各样的理论、观点,也为各种利益的选择提供了广阔的可能性。作为现代法律工作者,我们不仅在今天学习法律与运用法律,而且在明天要发展与创造法律。刑法学的生命,刑法学的国际标准,也都或直接或间接地说明了正确的刑法理想对于刑法发展具有重要的引导意义。作为一名法律工作者,尤其是刚刚步入法学领域的同学,应当从一开始就思考这个问题,在学习刑法的过程中,有意识地培育自己的刑法理想,筑牢自己思想上这块重要的法学基石,为自己从事高级法律工作奠定坚实的刑法学基础。

现代刑法学是对100多年来世界刑法学工作者努力成果的简要总结,也是对新中国几代刑法学工作者努力成果的简要总结。本书的写作,不仅得益于甘雨沛教授、杨春洗教授、周密教授等已故的北京大学法学院刑法学教授的研究成果,而且也受益于现在依然健在但已退休的杨敦先教授、储槐植教授、张文教授、刘守芬教授等老师的多方教诲,更是在改革开放以来我国蓬勃繁荣的刑法学研究成果与依法治国的刑事法律实践的滋润下才能完成。

本书的最后完成,我感谢所有帮助过我的国内外朋友们。

我特别感谢中国法学会刑法学研究会名誉会长、国际刑法学协会副主席暨中国分会主席、中国人民大学法学院教授高铭喧老师,在他的有力支持下,我获得了刑法学在当今国际上的最高奖项——洪堡研究奖。高铭喧教授是中国刑法

学界的旗帜,毕生致力于中国刑法的现代化事业,是我们追求刑法理想的典范。

我特别感谢为本书的写作长期提供直接帮助的德国奥格斯堡大学原副校长赫尔曼教授(Prof. Dr. Joachim Herrmann)。他对我的研究与写作工作提供了非常重要的指导与帮助,极其耐心地解答我的疑问,为本书提供了重要的刑法基础理论的支持。西班牙塞维利亚巴布罗·德奥拉维戴大学的巴可教授(Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde)对我的研究与写作工作提供了重要的学术支持。加拿大多伦多大学法学院的杜博教授(Prof. Markus Dubber)也提供了重要的理论支持。另外,福特基金会北京办事处法律与权利项目负责人柏恩敬先生(Mr. Ira Belkin)与李萍女士,为本书的资料与写作提供了重要的支持。

我感谢北京大学与北京大学法学院将我的写作列入教育部的“特色专业建设项目”。我特别感谢北京大学法学院 2010 级的本科生,他们是第一批使用本书的同学,他们对本书的意见使我避免了许多不必要的错误,他们对本书的认可给了我很大的鼓励。我特别感谢北京大学出版社的李铎编辑,没有他的宽容、理解与支持,本书是不可能从容写就的。我还要感谢北京大学出版社的李燕芬编辑,她积极安排本书进入了北京大学出版社最为重要和最为庞大的系列教材——“21 世纪法学系列教材·刑事法系列”之中。

是为序。

王世洲

2011 年 7 月 1 日完稿于瑞士
洛桑莱芒湖(日内瓦湖)畔

目 录

第一章 刑法学概述	(1)
第一节 刑法与刑法学	(1)
第二节 刑法的渊源	(5)
第三节 刑法的任务与界限	(10)
第二章 刑罚的正当性	(18)
第一节 刑罚正当性概述	(18)
第二节 刑罚目的的理论	(19)
第三章 罪刑法定原则	(28)
第一节 刑法基本原则概述	(28)
第二节 罪刑法定原则的概念与种类	(30)
第三节 罪刑法定原则的理论基础与基本作用	(33)
第四章 刑法解释	(44)
第一节 刑法解释的概念	(44)
第二节 刑法解释的界限与方法	(48)
第五章 我国刑法的适用范围	(55)
第一节 刑法适用范围概述	(55)
第二节 刑法的空间适用范围	(55)
第三节 刑法的时间适用范围	(61)
第四节 排除刑法适用的法定情形	(65)
第六章 犯罪概念	(71)
第一节 犯罪的立法概念与司法概念	(71)
第二节 犯罪概念与行为概念	(75)
第三节 犯罪构造理论概述	(81)
第七章 犯罪构成概述	(87)
第一节 犯罪构成的一般概念	(87)
第二节 犯罪构成理论的发展	(88)
第三节 我国刑法学的犯罪构成概念	(95)

第八章 犯罪构成的客观要件	(98)
第一节 犯罪客体概述	(98)
第二节 犯罪客观方面概述	(101)
第三节 不作为的概念	(109)
第四节 因果关系与客观归责	(116)
第九章 犯罪构成的主观方面	(127)
第一节 犯罪主观方面概述	(127)
第二节 犯罪故意	(130)
第三节 犯罪过失	(135)
第四节 认识上的错误	(146)
第十章 犯罪主体	(156)
第一节 犯罪主体概述	(156)
第二节 刑事责任年龄与刑事责任能力	(159)
第三节 单位犯罪	(163)
第十一章 排除犯罪的根据	(171)
第一节 违法性与不法的一般理论	(171)
第二节 正当防卫	(178)
第三节 正当化紧急避险	(196)
第四节 罪责的一般理论	(205)
第十二章 犯罪的未完成形态	(214)
第一节 犯罪未完成形态概述	(214)
第二节 犯罪预备	(217)
第三节 犯罪未遂	(219)
第四节 犯罪中止	(227)
第十三章 共同犯罪	(239)
第一节 共同犯罪概述	(239)
第二节 共同犯罪的概念与意义	(243)
第三节 共同犯罪人的种类与意义	(248)
第四节 我国刑法中共同犯罪人的种类	(256)
第十四章 刑罚的概念与体系	(263)
第一节 刑罚的概念	(263)
第二节 刑罚的体系	(265)

第三节 主刑	(268)
第四节 附加刑	(278)
第十五章 量刑的概念与制度	(283)
第一节 量刑的概念与原则	(283)
第二节 量刑的情节与种类	(286)
第三节 累犯、自首与立功	(297)
第十六章 数罪并罚	(307)
第一节 行为竞合理论概述	(307)
第二节 我国的数罪并罚概述	(311)
第三节 我国的数罪并罚方法	(312)
第十七章 缓刑、减刑与假释	(316)
第一节 缓刑	(316)
第二节 减刑与假释	(321)

第一章 刑法学概述

第一节 刑法与刑法学

刑法是刑法学的研究对象。

一、刑法与刑法学的概念

刑法是规定犯罪与刑罚的法律。一方面,犯罪是刑罚的适用对象。刑法对犯罪的规定,就是规定犯罪的构成条件。犯罪的构成条件,在我国《刑法》^①中不仅有具体的规定,例如,故意杀人罪(第232条)^②、放火罪(第114条以下)、抢劫罪(第263条)、强奸罪(第236条)等等,而且还有一般性的规定,例如,故意犯罪(第14条)、过失犯罪(第15条)、正当防卫(第20条)、共同犯罪(第25条以下)等等。另一方面,刑罚是用以惩罚与预防犯罪的。刑法对刑罚的规定,就是规定刑罚的种类和适用刑罚的制度。我国刑法目前规定的刑罚种类有管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑等主刑,还有罚金、剥夺政治权利和没收财产等附加刑。另外,在适用刑罚方面,刑法规定了累犯(第65条以下)、自首(第67条)等在量刑时应当考虑的重要情节,还规定了量刑的一般原则(第61条以下)以及缓刑(第72条)、假释(第81条以下)和减刑等具体适用刑罚的方法。只有根据刑法条文的规定,才能认定一个行为是否符合犯罪的规定,才能合法地确定和适用刑罚。

刑法学中研究的刑法条文,首先包括我国刑法对刑罚和犯罪规定的内容,其次还包括我国最高人民法院和最高人民检察院颁布的与刑罚和犯罪有关的各种规定。我国的刑法条文和有关刑罚与犯罪的规定,总是围绕着罪与非罪、此罪彼罪、罪重罪轻的问题,对犯罪的成立条件和刑罚进行描述和说明。罪与非罪是指犯罪的成立与不成立的条件;此罪彼罪是指不同犯罪之间的区别;罪重罪轻是指影响犯罪严重程度的各种情节。研究、掌握刑法条文和刑法规定中关于犯罪和刑罚的基本概念、基本条件和基本理论,是刑法学的基本内容。

刑法学以刑法条文作为研究对象,以探讨制定、解读、运用刑法条文的基本

① 在本书中,如果没有特别指明,“我国刑法”就是指我国1997年刑法。

② 在本书中,没有指明法律名称的条文,都是指我国1997年刑法中的条文。

概念和基本理论为重点,是刑法科学发展的产物。早期刑法学的研究对象很广,包括犯罪的原因、预防、审判、证据等,称为“广义刑法学”。后来,刑法学在发展过程中逐步专业化,成为仅仅研究规定刑罚与犯罪的条文的科学,称为“狭义刑法学”。在狭义刑法学的方向上,又发展出了刑法信条学。刑法信条学主要研究刑法中构成刑罚与犯罪的基本概念,即那些在刑法理论中不可动摇的部分。刑法信条是刑法理论的基石,是解释刑法、建构刑法理论体系、进一步发展刑法理论的基础。现代刑法学属于刑法信条学的范畴。

现代刑法学从犯罪的成立条件和法律后果方面研究受到刑罚威胁的行为,是从“实体”方面说明刑罚与犯罪的,又被称为“实体刑法学”。实体刑法学在研究对象上的特点,与其他一些相关学科划清了界限。其中,与实体刑法学有相关关系的最重要的法学学科是刑事诉讼法学、刑事执行法学、犯罪学、刑事政策学。刑事诉讼法学以《刑事诉讼法》为主要法律基础,对犯罪的侦查、起诉、审理和判决的程序问题进行研究;刑事执行法学以《监狱法》为主要法律基础,对罪犯的监管、教育和监狱制度进行研究^①;犯罪学主要研究作为社会现象的犯罪产生的原因及其预防;刑事政策学从犯罪态势出发,研究运用刑罚和有关措施同犯罪作斗争的方针、措施与原则。研究对象的差异,形成了刑事法学的不同学科。

实体刑法学仅仅是刑事法律科学中的一部分,因此,仅仅使用实体刑法的知识,还不足以科学地理解和处理好刑事立法和刑事司法中的问题。在使用刑罚与犯罪作斗争的过程中,不仅需要研究和考虑实体刑法本身的问题,而且需要研究如何使国家正确地使用刑罚权、正确地选择惩罚方式、科学完整地认识犯罪原因、妥善引导犯罪行为人为人重新回到遵守法制的道路,以及科学安排刑事诉讼程序等方面的问题。现代刑法学虽然具有独立的科学属性,但是,与其他刑事法学学科之间仍然保持着紧密的联系,共同形成了“全体刑法学”的各个组成部分。因此,在研究现代刑法学时,应当密切注意其他刑事法学学科的发展,否则,不仅无法掌握现代刑法学,也无法科学地发展现代刑法学。

二、刑法学的重要意义

刑法学是法学的重要学科。法学对于法律的重要意义,我国清末的大法学家沈家本曾经有过精辟的说明:“当学之盛衰,与政之治忽,实息息相通。然当学之盛也,不能必政之皆盛;而当学之衰也,可决其政之必衰”,“法学不盛,何来善法?”^②意思是说,法学的兴盛与一国一朝统治的稳固有着密切的关系:法学兴

^① 参见杨殿升主编:《监狱法学》,北京大学出版社1997年版。

^② 参见李贵连著:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第362页。

盛虽然不一定必然形成稳固的统治,但是,法学衰亡一定会导致统治的崩溃,因为没有兴盛的法学,国家就不会有好的法律,没有好的法律,国强政旺就不可能实现。因此,学习法律必须以研究法学为基础,学习刑法必须以研究刑法学为基础。

学习刑法,首先必须掌握和应用好现有的刑法条文。我国《刑法》的条文,是“根据宪法,结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况”(第1条)制定出来的。掌握现有的刑法条文,就是学习、继承、研究我国同犯罪作斗争的经验。学习刑法还必须研究刑法学中包含的内在规律。刑法理论是对刑法规定之间以及与社会需求之间的规律进行的总结。社会要发展,发展需要新的安全保障。因此,社会的发展与新的安全需要,就会对原有的犯罪构成条件和刑罚手段提出改进的要求。只有认识、掌握刑法理论,才能自觉地运用好、改进好刑法规定,满足社会安全的新需要,保护社会的发展。有体系的系统性刑法知识,是现代刑法学的特征,也是现代刑法的基础。

刑法学作为有体系的系统性的刑法基础知识,具有重要的意义。

第一,刑法学具有引领意义。刑法学的引领意义突出地表现在刑法学的基本思维方式上。这个基本思维方式可以概括为“为了刑法,根据刑法。”“为了刑法”是说,刑法学中的研究最终都是为了在刑法中形成条文、修改条文或者废除条文;“根据刑法”是说,在实践中认定犯罪和适用刑罚,都必须严格以刑法的规定为依据。在刑法学的学习、研究和实践中,不是为了刑法的思考不是专业性的思考,不是根据刑法的实践就会是违法的实践。“为了刑法,根据刑法”是宪法规定的“依法治国”对刑法学的基本要求。

第二,刑法学具有基础意义。刑法学以刑法作为研究对象,不是仅仅研究其中的一个条文,而是要把全部刑法条文、全部刑法知识加以系统化,从而形成有体系的知识。掌握有体系的刑法知识,有利于掌握刑法的基本概念与基本理论,从而帮助我们形成更理想的刑法观念。这不仅有利于刑法知识的学习、掌握与运用,而且有利于推动刑法科学的进步。

第三,刑法学具有创制意义。刑法学的创制意义,不仅表现在推动新条文的制定和现有条文的具体适用上,而且还特别表现在刑法学理论的创新上。刑法条文和司法判决,都是自觉不自觉地运用某种“想法”也就是某种刑法理论的结果。刑法学在研究、梳理刑法条文和刑法理论的过程中,也在不断地完善支持这些“想法”的概念、理论,乃至思维方式。在世界刑法学发展史中,刑法学派的争论对现代刑法的发展起了重要的推动作用,对现代刑法信条学的形成有重要意义。在我国刑法发展史中,罪刑法定原则在刑法理论和刑法条文中的确立也极大地改变了我国刑事司法制度的面貌。刑法学理论的进步,最终会导致刑事立

法与刑事司法的进步。

第四,刑法学具有稳定法制的意义。刑法条文在刑法学的支持下,适用于千变万化的具体案情,一方面满足了解决具体问题的需要,另一方面也避免了强调特殊情况而各行其是的弊病。刑法学作为一种体系化的知识,运用自身理性和逻辑的力量,在继承和创新的历史发展中,发挥着维护法制统一的稳定作用。其中,刑法信条学发挥的作用特别重要。刑法信条学是经过刑法理论和实践反复检验而形成的刑法基本概念、基本理论和基本体系,是刑法基本理论中不可动摇的部分。刑法信条学对刑法工作者的刑法理想和刑法实践发挥着基础性的支撑作用,从而成为专业性稳定法制的基本思想基础。

“工欲善其事,必先利其器”,刑法学研究的犯罪与刑罚所要面对的问题千头万绪,“其理之细密,如茧丝牛毛”^①,因此,刑法学需要采用多种方法,才能整理和掌握复杂的刑法知识。在刑法学中采取的传统研究方法是:沿革刑法学,即从历史发展的角度研究刑法,也称刑法史学;比较刑法学,主要是指对国内外刑法进行比较的方法;理论刑法学,即不是从具体犯罪的角度进行研究,而是从原理、原则的层面对刑法进行研究;注释刑法学,即以现行刑法条文为对象,解释、分析其构成或者含义。由于犯罪和刑罚问题的复杂性,刑法学不可能仅仅使用一种方法来解决所有的问题。单纯使用一种方法产生的结论,有可能在某些方面存在问题。例如,“体系性方法”是现代刑法学中的重要方法,具有简化法律、改善可操作性、减少案件审查难度、保证平等适用法律、有利法律和法学发展等许多显著优点,但是,也容易产生依赖抽象概念、忽视具体案情、阻断寻找更好解决方案等问题。因此,“问题性方法”是必要的,即根据具体问题来进行分析判断的方法。

案例^②:被告人许霆,持自己不具备透支功能、余额为 176.97 元的银行卡在广州市商业银行自动柜员机(ATM)取款时,发现银行自动柜员机出现异常,在自己输入取款 1000 元指令时,能够出钞 1000 元且仅扣款 1 元,即分三个时间段,在该自动柜员机指令取款 170 次,共计取款 174000 元,后携款逃匿。我国《刑法》第 264 条规定:盗窃金融机构,数额特别巨大的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产;《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条规定:个人盗窃公私财物价值人民币三万元至十万元以上的,为“数额特别巨大”。依法根据许霆所犯盗窃罪判处无期徒刑,是否太重?如果从轻

^① 参见李贵连著:《沈家本传》,法律出版社 2000 年版,第 367 页。

^② 中华人民共和国最高人民法院刑事审判庭第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事审判指导案例(危害国家安全罪、危害公共安全罪、侵犯财产罪、危害国防利益罪)》,法律出版社 2009 年版,第 886 页。

处理,如何维护依法办事的制度?

应当明确,刑法学方法只有难易之分,没有绝对的优劣问题。刑法学方法的选择,取决于问题的性质,刑法学方法应用是否得当,需要通过有关结论的说服力加以检验。为了加强刑法学研究成果的说服力,现代刑法学特别注重多学科的研究方法,在刑法学研究中采用了哲学、社会学、人类学、经济学、甚至试图采用神学^①的方法。然而,最好的刑法学方法只能是综合的方法,即为了专业的目的(就是刑法),在针对专业的问题(就是刑法问题)寻找专业的结论(就是刑法的结论)中,综合使用各种具体方法。

无论刑法学采用什么方法,都应当坚持辩证唯物主义与历史唯物主义的观点。首先,刑法学应当坚持理论与实践紧密结合的立场。司法实践需要理论的指导,因此刑法学理论应当在总结司法实践经验和教训的基础上,走在刑事司法活动前面。但是,刑法学理论不可能是纯粹逻辑推导的结果,而只能是理性的、符合逻辑的对社会实践加以总结的产物,并且,只能通过司法实践和社会实践得到检验。其次,刑法学应当坚持历史发展的辩证立场。例如,在改朝换代的社会革命中,经常不可能根据事先规定的刑法来对犯罪判处刑罚;但是在革命成功之后,如果不能贯彻“罪刑法定原则”,革命政权就难保长治久安的统治效果。刑法学应当保持自身的体系一致性,避免由于自相矛盾而颠覆,应当坚持“与时俱进”,才能在适应不断增长的社会安全需要的过程中,不断丰富与发展。

第二节 刑法的渊源

刑法的渊源,是指直接规定犯罪与刑罚的各种刑法规范的具体表现形式。在不同国家中,对刑法渊源的认识经常是不一样的。在我国,刑法的渊源在宪法、法律,以及司法解释中有着各自的独特表现。

一、宪法

宪法是基本法,是刑法的立法根据。我国刑法规定,刑法就是“根据宪法”(第1条)制定的。我国刑法的任务、我国刑法所保护的對象,都不得违背宪法。我国宪法虽然是我国刑法的根据,但是,并没有对具体的犯罪与刑罚作出任何规定,因此,不能作为直接定罪量刑的根据。

^① 参见刘远:《刑事法哲学初论》,中国检察出版社2004年版,第3页以下。

二、法律

在我国,法律是由全国人民代表大会及其常务委员会依据立法程序制定。我国《立法法》第8条规定:关于“犯罪和刑罚”的事项,只能制定法律。在我国,刑法的渊源表现为刑法典、单行刑事法规、刑法修正案和刑事立法解释等几种形式。在这些法律形式中,都存在着对具体犯罪的罪状与法定刑的完整规定。

刑法典,是指国家对犯罪与刑罚专门颁布的基本法律。新中国经过长期的立法准备,在1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国刑法》(简称1979年刑法)。现行刑法是1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订的《中华人民共和国刑法》(简称1997年刑法)。我国《刑法》不仅总结了先前发布的比较零散的刑法条文或者规范,而且明确了许多刑法概念、增加了许多刑法规定,是一部概念前后一致、体系完整、内容全面的重要法典。我国刑法虽然在名称上没有称“典”,但是,这部法律由总则与分则组成,“总则适用于其他有刑罚规定的法律”(第101条),除非法律另有规定,发挥的就是刑法典系统、协调、一致的作用。刑法典经常也被称为“核心刑法”,以强调其所规定的内容具有强大的社会震撼力,以区别于其他法律或者司法解释中的规定。

单行刑事法规,是指对一种或若干种犯罪或者刑罚进行修改或者补充的法律。在1979年刑法颁布之前,单行刑事法规是我国重要的刑事立法方式,最主要的例子是《惩治反革命条例》(1951年颁布)、《惩治贪污条例》(1952年颁布)和《妨害国家货币治罪暂行条例》(1951年颁布)。在1979年刑法颁布之后和1997年刑法修改之前,我国以“暂行条例”、“补充规定”和“决定”的形式颁布了23部单行刑事法规。这些法律,在1997年《刑法》修改之后,分别列入刑法的两个附件之中。在附件一中列明的15部法律被废止适用了,因为它们的内容已经纳入刑法典或者不适用了;在附件二中列明的8部法律,其中有关刑事责任的部分已经纳入刑法典之中,今后应当适用刑法典的规定,有关行政处罚和行政措施的规定则继续有效。在1997年《刑法》颁布之后,我国仅仅在1998年颁布了一部《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。在那之后,单行刑事法规的立法形式就为刑法修正案和刑法立法解释所代替。

刑法修正案,是我国刑法在1997年《刑法》颁布之后较多采用的一种刑事立法方式。严格地说,刑法修正案是单行刑事法规的一种形式,根据的都是我国《宪法》第67条:全国人大常委会在全国人民代表大会闭会期间,有权在不与法律的基本原则相抵触的情况下,对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充

和修改。我国从1999年到2011年初,已经颁布了八部刑法修正案。

刑事立法解释,是我国在2000年《立法法》颁布之后较多采用的一种新的刑事立法方式。我国《宪法》第67条第1项规定,全国人大常委会有权“解释法律”。在这个基础上,《立法法》第42条第2款进一步明确:“法律有以下情况之一的,由全国人民代表大会常务委员会解释:(一)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(二)法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。”第47条规定:“全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。”从2000年至2011年初,我国已经颁布了九部刑事立法解释。

在我国,刑法典、单行刑事法规、刑法修正案和刑事立法解释已经形成一个整体,为刑罚及其适用对象提供了一个完整而专门的规定。这个整体之所以完整,是因为它对应当受刑罚惩罚的危害我国社会秩序的行为有着系统的规定;这个整体之所以专门,是因为在我国的其他法律中,都没有关于犯罪与刑罚的规定。我国目前采纳的这种刑事立法模式,明确规定了刑法的任务,比较有效地解决了刑法的稳定与发展的双重需要。

我国目前在刑法之外的其他各种法律中,都没有对犯罪与刑罚作出具体规定的例子。从现代刑事立法技术上说,在非刑事法规中是可以规定刑法条文的。在非刑事法规中规定关于犯罪与刑罚的条文,就形成所谓的“附属刑法”。我国目前还不存在附属刑法。我国在大量的民事法律、经济法律、行政法律中,虽然规定了严重违法行为应当构成犯罪的意义,但并没有直接规定可以对其适用的刑罚种类及幅度,而是经常笼统地提到:“构成犯罪的,依照刑法追究刑事责任”。这种情况是由我国特定的社会历史情况与法治发展状况决定的。在我国现行的法律制度中,对非刑事法规提供刑法保护的方法主要有三种:

第一,把非刑事法规中需要禁止的行为,直接复制在刑法条文中。例如,在我国《刑法》第219条中禁止的“侵犯商业秘密罪”的行为,就几乎是原封不动地从《反不正当竞争法》第10条中复制过来的。

第二,在刑法中明确规定引用非刑事法规,以明确刑罚适用的对象。例如,我国《刑法》第180条规定的“内幕交易、泄露内幕信息罪”,就明确规定:“内幕信息、知情人员的范围,依照法律、行政法规的规定确定”,也就是说,内幕信息和知情人员的范围,应当根据1993年国务院颁布的《禁止证券欺诈行为暂行办法》和1998年全国人大常委会颁布的《证券法》中的规定加以确定。

第三,在非刑事法规中列明刑罚适用的对象,指出应当适用的刑法条文。例如,《铁路法》第61条规定:“故意损毁、移动铁路行车信号装置或者在铁路线路

上旋转足以使列车倾覆的障碍物,尚未造成严重后果的,依照刑法第108条^①的规定追究刑事责任;造成严重后果的,依照刑法第110条^②的规定追究刑事责任。”

由于非刑事法规对于刑法的适用经常具有非常重要的意义,因此,现代刑法学也可以把其中规定的与刑法有关的内容,置于所谓的“广义刑法”的范围之中,以区别于专指刑法典的“狭义刑法”。

目前,在我国的法律制度中,可以使用剥夺人身自由和限制人身自由作为处罚方法的,除了刑法之外,还有《治安管理处罚法》以及与之相关联的其他法律。目前,我国刑法学界虽然十分关注其中规定的恰当性,但是,一般并不把这部分内容作为自己的研究对象,也不将其称作所谓的“行政刑法”。我国的社会主义法治建设正处于不断前进的过程中,这种行政处罚在加强惩罚适用条件的明确性、加强程序性保障和律师辩护的机会之后,是否有一部分内容将进入刑法规定的范畴,还有待我国司法体制改革的深入发展。

另外,我国不承认涉及犯罪和刑罚的国际条约、公约、协定以及其他国际性法律在我国具有直接适用的效力。

三、司法解释

司法解释是我国独特的一种法律制度。根据1981年《全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议》第2条的规定,最高人民法院和最高人民检察院对属于法院审判工作或者检察院检察工作中“具体应用法律、法令的问题”,有权进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧,报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。^③

一般认为,司法解释不属于我国刑法渊源的范畴。从效力上说,司法解释是由国家制定的具有法律效力的规范性法律文件,是刑事司法审判中定罪量刑必须遵循的规范。但是,司法解释不能独立创制设立犯罪与刑罚的规定。在国际上,采纳判例法的英美法系国家,虽然把判例法置于法律渊源中,但也长期不实行由判例创制新的犯罪与刑罚的做法了。我国的司法解释,包括刑事司法解释,虽然不属于我国刑法的渊源,但是,仍然具有司法强制力,是理解与执行我国刑法规定的重要手段。

根据我国法律和司法解释的规定,司法解释是我国最高人民法院和最高人

^① 这里指的是1979年刑法,也就是1997年《刑法》的第117条“破坏交通设施罪”。

^② 这里指的是1979年刑法,也就是1997年《刑法》的第119条“破坏交通设施罪”。

^③ 在此之前,1979年颁布的《人民法院组织法》第33条也规定:“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题,进行解释。”